



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Troisième concours

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Copie ayant obtenu la note de 12/20

Direction générale de l'administration
et de la fonction publique
Le chargé de mission

Paris, le 21 août 2017

Note à l'attention de Monsieur le Directeur général

Objet : Présentation du cadre juridique de l'alerte professionnelle ainsi que les modalités et difficultés de sa mise en œuvre dans la fonction publique, en vue de la réunion avec les organisations syndicales.

Les lanceurs d'alerte sont notamment connus par leur divulgation d'affaires emblématiques au public (espionnage, fraude fiscale ...). Si ces informations revêtent un caractère planétaire, bien d'autres alertes peuvent, voire doivent, être lancées !

Les fonctionnaires, par l'accès privilégié dont ils disposent à de nombreuses informations aux degrés de confidentialité multiples, constituent autant de lanceurs d'alerte potentiels. A l'exigence de dénonciation qui leur incombe (art. 40 du Code de procédure pénale – CPP) s'opposent les particularités de leur statut.

La présente note s'attachera à présenter le dispositif de l'alerte professionnelle (ou alerte éthique) ainsi que les spécificités du statut de la fonction publique (I) puis à montrer en quoi celui-ci parvient à en assurer la conciliation et comment sa mise en pratique pourrait s'inspirer de l'exemple européen de l'OLAF (II).

① L'alerte éthique, un dispositif inhérent à la vie démocratique qui rencontre les spécificités du statut de la fonction publique.

A) L'alerte éthique, une protection pour l'intérêt général.

L'article 40 du CPP dispose que tout fonctionnaire qui aurait connaissance, dans l'exercice de ses fonctions, d'un crime ou d'un délit doit en informer sans délai le procureur de la République. Citant le président Vigouroux, Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, rappelle que là où "la dénonciation veut nuire, le signalement veut sauver" l'intérêt général. Il ne s'agit pas pour autant pour le fonctionnaire de procéder à des signalements qui n'aient pas fait l'objet de procédures de vérification adéquate. En effet, l'art. 226-10 du Code pénal dispose qu'est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende la dénonciation de fait que l'on sait partiellement faux ou inexacts.

Dans une approche similaire, la consultation et l'exploitation d'informations confidentielles peuvent entraîner une sanction lorsqu'elles sont réalisées sans fondement (CE, 31 mars 2017, M. B... A...).

Lorsque le fonctionnaire rencontre une situation pouvant le conduire à un signalement, il se trouve placé sous un régime de protection juridique prévu par l'art. 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifié par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. En effet, il ne pourrait faire l'objet d'aucune mesure de sanction de quelque nature qu'elle soit, dans la suite de sa carrière. Une disposition contraire serait réputée non écrite. Par ailleurs, si un fonctionnaire considère avoir été sanctionné pour sa dénonciation, il incombera à l'administration de faire la preuve que la sanction est justifiée par des éléments autres que le seul témoignage du requérant. Dans le cas où un fonctionnaire serait indûment sanctionné, il pourrait saisir le juge de l'excès de pouvoir qui s'assurerait ainsi du respect de sa liberté d'expression en tant qu'elle ne heurte ni l'ordre public ni les exigences du service public (CE, 5 février 2014, M. B... A...), assurant ainsi la constitutionnalité du dispositif.

B) Les spécificités du statut de la fonction publique

La loi du 13 juillet 1983 précitée encadre les conditions d'exercice professionnel, notamment d'un point de vue déontologique, des fonctionnaires. Les articles 25 et suivants disposent qu'ils sont astreints à exercer leurs fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité, dans un strict cadre de neutralité. Celui-ci implique plusieurs conséquences qui, du point de vue de la procédure d'alerte éthique, peuvent interroger. A titre d'exemple si, face à une situation qu'il estime, au regard de sa compréhension des textes, être de nature à justifier un signalement, le fonctionnaire pourrait sortir de son cadre déontologique par le seul fait du caractère personnel de son interprétation.

Le secret professionnel auquel il est astreint doit conduire le fonctionnaire à faire preuve de discrétion, celle-ci étant absolue en matière de défense nationale et de secret médical, exclus du champ de la loi de 2016. Par ailleurs, sauf à ce que son supérieur hiérarchique lui donne une instruction manifestement illégale, il se doit de se conformer à l'ensemble des directives qui pourraient lui être transmises. Le fonctionnaire pourrait donc, dans le cas où il aurait un doute sur la légalité d'une instruction, se trouver dans la situation d'avoir à apprécier par lui-même le caractère "manifestement" illégal ou non. Le rôle du référent déontologique prend ici toute sa place. Le subtil arbitrage entre exigence de loyauté et devoir de signalement peut expliquer que l'exercice de l'art. 40 CPP soit que pratiqué dans la fonction publique.

S'agissant de l'exercice d'une liberté fondamentale, la liberté d'expression, il apparaît pertinent d'interroger cette problématique sous l'angle conventionnel. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) développe une jurisprudence similaire à ce qui a été retenu en France. Ainsi, dans son arrêt CEDH, 12 février 2008, Guja c/ Moldova elle rappelle que les fonctionnaires jouissent du droit consacré dans la sphère professionnelle à la liberté d'expression pour autant qu'elle respecte le devoir de loyauté. Toutefois, elle adopte une lecture audacieuse de l'art. 10 de la Convention en considérant que l'ingérence des pouvoirs publics dans la liberté d'expression peut s'entendre de l'intervention de l'administration, comme autorité hiérarchique, dans la divulgation, par un fonctionnaire, d'information dans le cadre de son droit d'alerte.

② Si la France s'est dotée, à travers la loi du 9 décembre 2016, d'un outil juridique d'alerte éthique, l'exemple européen de l'OLAF pourrait constituer une base de réflexion en vue de rationaliser les procédures d'alerte.

A) Un processus qui répond aux exigences du statut de la fonction publique.

En dehors du cas spécifique du droit d'accès du citoyen aux documents administratifs, issu de la loi de 1978 ayant institué la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), autorité administrative indépendante, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de leur obligation de secret que dans l'hypothèse d'un accord de leur supérieur hiérarchique. Par conséquent, en prévoyant que le signalement soit porté prioritairement devant le supérieur hiérarchique ou d'un référent désigné, l'art. 8 de la loi du 9 décembre 2016 opère une conciliation entre les exigences de secret professionnel (l'information ne sort pas du cadre administratif) et de signalement.

Par ailleurs, en l'absence de diligences de cette personne, le fonctionnaire pourra toujours se tourner vers les autorités judiciaire ou administrative. Si l'autorité judiciaire est incontestablement représentée par le procureur de la République, détenteur de l'initiative de la poursuite pénale et semble être par ailleurs, en ce qu'elle est gardienne des libertés individuelles (art. 66 de la Constitution), légitime à connaître de ce genre de motif, une interrogation reste ouverte quant à ce qu'est précisément l'autorité administrative. S'il s'agit du juge administratif, le Conseil constitutionnel a reconnu son indépendance comme principe fondamental reconnu par les lois de la République depuis 1980 ; à l'inverse, le juge européen a considéré en 2006, dans un arrêt Sacilor-Lormines que l'absence de garanties législatives rendait difficile la reconnaissance de son indépendance. S'il s'agit, à l'inverse, du Gouvernement et du Premier ministre, placé à la tête de l'administration (art. 21 de la Constitution) ou du préfet, qui le représente ainsi que l'ensemble des membres du Gouvernement sur le territoire (art. 72 de la Constitution), alors la question d'un éventuel "plafond de verre" infranchissable en cas de refus hiérarchique pourrait rester ouverte.

L'article 8 prévoit enfin que l'information ne puisse être rendue publique qu'après un silence de trois mois de cette autorité, ces délais pouvant être modulés en cas de danger grave et imminent. Dans tous les cas, cette approche est cohérente avec celle de la CEDH qui, dans son arrêt précité Guja c/ Moldova précise que la communication publique de l'information ne doit être que le stade ultime d'une procédure de signalement restée vaine en interne, l'ultima ratio selon Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, une voie subsidiaire en l'absence d'autres moyens d'agir.

En résumé, un fonctionnaire qui signalerait une situation particulière, dans le respect des voies hiérarchiques et compte-tenu des dispositions de la loi de 2016 serait protégé, tant du point de vue du droit interne que conventionnel. La présence, au sein des administrations de référents déontologie indépendants ou présentant des garanties d'indépendance suffisantes permettra de les rassurer et de les informer quant à leurs droits et devoirs et la stricte confidentialité de la procédure.

B) L'Office européen de lutte contre la fraude (OLAF)

L'Union européenne est très attachée à la lutte contre la fraude. Cette exigence tient tant à ce que furent les conséquences politique de la chute de la Commission Santer en 1989 qu'à sa philosophie de gestion efficace et transparente.

L'OLAF présente la singularité d'être à la fois une direction générale de la Commission européenne et un organisme qui fonctionne en toute indépendance. Le mécanisme de signalement est prévu dans les textes européens qui protègent tout individu, notamment interne à la Commission (fonctionnaires européens, agents contractuels, exports nationaux détachés...) qui dénonceraient le comportement de l'un de leurs homologues, supérieurs hiérarchiques ou élus tel qu'il serait de nature à altérer les finances de l'Union. L'OLAF dispose par la suite d'un pouvoir d'investigation et de sanction. L'action européenne en matière de lutte contre la fraude est par ailleurs renforcée par la création en 2017 d'un parquet européen ayant vocation à agir notamment sur ce terrain.

Bien que l'OLAF ne fasse pas obstacle à ce que d'autres services soient chargés de la lutte contre la fraude au sein de l'administration (ex : les services d'audit interne, les organes externes tels que la commission parlementaire de contrôle du budget – COCOBU), il offre l'avantage d'être facilement identifiable. Un dispositif de cette nature en France pourrait donc être de nature à faciliter la procédure de signalement pour les fonctionnaires en l'uniformisant nonobstant les administrations d'origine. Enfin, compte tenu de la multiplicité des signalements reçus, les experts de cet organe pourraient caractériser les faits de manière plus efficiente qu'un supérieur hiérarchique moins formé et moins coutumier de ce type de procédure. Cela pourrait répondre à l'absence de telles structures au sein des Ministères même si, sur ce point précis, le vice-président du Conseil d'Etat préconise la création d'une entité par ministère (voir décret 19.04.2017)

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique avait proposé que le Premier ministre prenne une circulaire en vue de clarifier la notion de signalement, de l'illustrer à partir d'exemples concrets et d'en préciser les canaux d'exercice. Cette hypothèse présente deux avantages :

- son opposabilité aux tiers, à condition d'être régulièrement publiée sur un site internet relevant de sa compétence.

- une facilité de compréhension pour le fonctionnaire comme pour tout citoyen, dans un esprit similaire à celui mise en œuvre par l'administration fiscale pour aider les contribuables à distinguer, à l'aide de Schémas, ce qui procède d'une optimisation fiscale de ce qui, a contrario, constitue une pratique frauduleuse.

Enfin, dans l'hypothèse de la constitution d'un organisme centralisateur de la collecte de signalements tel que l'OLAF, une réflexion pourrait être menée afin de savoir s'il ne serait pas pertinent d'unifier dans la mesure du possible les procédures des formations publiques d'Etat et territoriales. En effet, le décret du 19 avril 2017 applicable le 1^{er} janvier 2018 relatif aux procédures de recueil des signalements dispose que les procédures de recueil sont prises au sein de chaque personne morale. Il pourrait donc en découler des procédures et régimes à certains égards distincts, rendant d'autant plus difficile la tâche de signalement dans un contexte qui encourage la mobilité géographique et fonctionnelle des fonctionnaires qui bénéficieraient néanmoins désormais d'un cadre clair d'exercice de l'alerte éthique.